

論 説

必要的共犯（対向犯）について

松 澤 伸

- I はじめに
- II 必要的共犯（対向犯）の構造
- III 形式説の展開——日興インサイダー事件の検討を通じて
- IV 結びにかえて

I はじめに

1 本稿は、必要的共犯（対向犯）における一方の行為に処罰規定が置かれていない場合の総則の共犯規定の適用の可否という古典的な論点について、近時の判例⁽¹⁾（いわゆる日興インサイダー事件）を素材に、学説の動向も踏まえつつ、論じるものである。

2 必要的共犯には、多衆犯と対向犯があり、一般に、総則における任意的共犯の規定の適用はないとされてきた。そのうち、特に議論が集中してきたのは、対向犯の問題であるが、対向犯についても、総則の共犯規定の適用を原則として排除するのが判例の立場であるとされ、多くの学説も、これに同調してきた。

これに対し、近時、対向犯の一方の行為に処罰規定が置かれていない場

(1) 最決平成29・7・5 LEX/DB25546833。原審判決は東京高判平成27・9・25判時2319号123頁、一審判決は横浜地判平成25・9・30判タ1418号374頁。

合の処理が鮮明な形で問題となった上記日興インサイダー事件においては、学説も裁判所も、それとは異なる対応をとった。学説においては、インサイダー取引の情報提供行為については、①情報提供行為に法益侵害性が認められること、②立法者が総則の共犯規定の適用を認める発言をしているのだから対向犯の一方について処罰規定がなくともその処罰規定が置かれていない行為について何ら問題なく総則の共犯規定の適用が可能であると考えられること、を主たる理由として、教唆犯は成立する、という見解が有力に唱えられている。裁判所も、第一審および控訴審は、同様の論拠から教唆犯の成立を認めており、最近示された最高裁決定も、これまで判例で問題となってきたケースとは「事案を異にする」というのみでその理論構成については述べていないものの、結論として、教唆犯の成立を肯定したのである。

処罰根拠や立法者意思が明確な場合には、処罰規定が置かれていない対向犯の一方行為者について、総則の共犯規定が適用されるのは、判例の立場と矛盾しない、という考え方は、説得力があるようにも見えるが、従来の判例の流れとは、やはり相当に異なっているように思われる。「事案を異にする」というだけで、必要的共犯（対向犯）の一方について処罰規定が存在しない場合について、総則規定を適用して処罰してしまっても本当によいのであろうか。

3 本稿は、必要的共犯（対向犯）における一方の行為に処罰規定が置かれていない場合の総則の共犯規定の適用の可否について、上記日興インサイダー事件を切り口として、必要的共犯（対向犯）の処理に関するヴァリッド・ロー⁽²⁾を明確化することを試みる。あわせて、実質的な処罰根拠があ

(2) ヴァリッド・ローとは、現に妥当する法といった意味であり、裁判官のイデオロギーを言語化したものを指す（詳細は、松澤『機能主義刑法学の理論』（信山社、2001年）117頁以下及び273頁以下参照）。裁判官のイデオロギーといっても、表層的なものから無意識的なものまで幅広く存在するものであるから、表層的に見えてくるものと、本来の裁判官のイデオロギーとしてありうるものとはズレが生じる

ることが共犯としての処罰を肯定する論拠となりうるのか、また、立法者意思に基づく解釈ということが一体何を意味するのか、日興インサイダー事件最高裁決定の意義について、その決定がおそらくは意識していない法理論的・解釈方法論的問題点にまで踏み込み、検討を加えることにしたい。

II 必要的共犯（対向犯）の構造

（1）必要的共犯（対向犯）の意義

犯罪の成立にあたって、2人以上の者が存在することが前提となっている類型、すなわち、必要的共犯と呼ばれる類型において、2人以上の者の互いに対向した行為の存在が必要であるものを、講学上、対向犯と呼ぶ。

対向犯を処罰するにあたって、とりうる方法は2つある。ひとつは、対向する両者について処罰規定を置く方法であり、もうひとつは、対向する者のうち片方だけについて処罰規定を置く方法である。

前者の場合については、両者に処罰規定が置かれているわけだから、両者がそれぞれの条文により処罰されることになる。たとえば、重婚罪（刑法184条）や、収賄罪（同197条以下）と贈賄罪（同198条）がその典型例ということになる。

問題は後者の場合である。処罰規定が置かれていない者について、必要的共犯であるのに処罰規定が置かれていないのはこれを処罰しない趣旨であると解するのか、あるいは、任意的共犯における総則の共犯規定を適用できるのかが問題とされてきた。

こともある。その点で、ヴァリッド・ローを分析・記述することは、判例の立場を跡付けるといふこととは違う。本稿は、後述するように、日興インサイダー事件最高裁決定の結論は、本来のありうるヴァリッド・ローとはズレていると分析している。

(2) 判例・学説の動向

① 形式説

1 この問題については、法の趣旨に照らして、原則として、総則の共犯規定の適用はない、というのが、従来、判例がとっているとされてきた立場である。リーディングケースとされるのは、最判昭和43年12月24日刑集22巻13号1625頁である（以下、「昭和43年判決」という）。昭和43年判決は、被告人が自己の法律事件の示談解決を弁護士ではない A に依頼して交渉させその報酬を支払った、という事案について、次のように判示した。

「弁護士法七二条は、弁護士でない者が、報酬を得る目的で、一般の法律事件に関して法律事務を取り扱うことを禁止し、これに違反した者を、同法七十七条によって処罰することになっているのであるが、同法は、自己の法律事件をみずから取り扱うことまで禁じているものとは解されないから、これは、当然、他人の法律事件を取り扱う場合のことを規定しているものと見るべきであり、同法七二条の規定は、法律事件の解決を依頼する者が存在し、この者が、弁護士でない者に報酬を与える行為もしくはこれを与えることを約束する行為を当然予想しているものといえることができ、この他人の関与行為なくしては、同罪は成立し得ないものと解すべきである。ところが、同法は、右のように報酬を与える等の行為をした者について、これを処罰する趣旨の規定をおいていないのである。このように、ある犯罪が成立するについて当然予想され、むしろそのために欠くことができない関与行為について、これを処罰する規定がない以上、これを、関与を受けた側の可罰的な行為の教唆もしくは幫助として処罰することは、原則として、法の意図しないところと解すべきである。（改行）そうすると、弁護士でない者に、自己の法律事件の示談解決を依頼し、これに、報酬を与えもしくは与えることを約束した者を、弁護士法七二条、七十七条違反の罪の教唆犯として処罰することはできないものといわなければならない。」。

本判決は、形式的な基準を用いて、必要的共犯の対向犯については総則規定の適用が（原則として）ないという結論を導いている。形式的にこの結論を導く点で、本説は、形式説と呼ばれている。

特に着目すべきなのは、昭和43年判決は、一般論として、「ある犯罪が成立するについて当然予想され、むしろそのために欠くことのできない関与行為について、これを処罰する規定がない以上、これを、関与を受けた側の可罰的な行為の教唆もしくは幫助として処罰することは、原則として、法の意図しないところと解すべきである」と述べていることである。一般論を示す判示は、最高裁の判決としては、かなり異例である。形式説をとる判例の立場は、相当に強固だと考えられる所以である。

2 学説において形式説を主張する代表的な論者は、団藤重光である。団藤は、以下のように述べる。

「対向犯的な性質をもつ a・b という二つの行為の中で、法律が a 行為だけを犯罪定型として規定しているときは——当然に定型的に予想される b 行為を立法にあたって不問に付したわけであるから—— b 行為は罪としない趣旨だと解釈しなければならない。したがって、b 行為が a 罪の教唆行為または幫助行為にあたるばあいでも、それが a 罪に対する定型的な関与形式であるかぎりには、これを a 罪の教唆犯・幫助犯として罰することは許されな⁽³⁾いものと解するべきである」。

(3) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）432頁。なお、これと同じ意味において形式説をとる学説として、西原春夫『刑法総論〔改訂準備版〕（下巻）』（成文堂、1993年）372頁、森下忠『刑法総論』（悠々社、1993年）185-186頁、板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』（勁草書房、2007年）338頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）276頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009年）342頁、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2011年）249頁注（2）、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）394頁、橋本正博『刑法総論』（新世社、2015年）230頁注（1）。

さらに、団藤の見解をより徹底させ、必要的対向犯を例外なしに一律に不処罰とする形式説として、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）282頁、野村稔

形式説は、実務にも浸透しており、裁判官の執筆になる文献でも、こうした見解は一般的である。たとえば、著名な裁判官が多数加わって執筆された著書においては、「対向関係に立つ行為の一方だけを処罰する規定があって、他方の行為を処罰する規定を欠く場合……通説は、立法者の意思を根拠に原則的に不可罰とし、判例も……相手方の責任を否定している⁽⁴⁾」と説明されている。

3 こうした見解に立てば、対向者について処罰規定が置かれていない場合、原則として、その者は処罰できない、ということになる。

ただ、「原則として」、というのだから、例外として処罰できる場合があるということになる。では、どのような場合がそれに当たるのか。これについては、処罰規定の置かれていない共犯者が、正犯者に執拗に働きかける場合などがそれにあたるとされている。たとえば、わいせつ文書頒布・販売罪（刑法175条）におけるわいせつ文書の買い手については、処罰規定が置かれていないから、わいせつ文書売るように働きかける行為は処罰されないが、執拗に働きかける場合のように、定型的な共犯行為を超えるような形で行われた行為については、処罰の可能性があると考えられている。そして、昭和43年判決の調査官は、上述の昭和43年判決が、「原則と

『刑法総論〔補訂版〕』（成文堂、1998年）380頁、堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2004年）307頁、鈴木茂嗣『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2011年）216頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）839頁、前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』（東京大学出版会、2019年）327-328頁。

(4) 前田雅英（編集代表）＝松本時夫＝池田修＝渡邊一弘＝大谷直人＝河村博（編集委員）『条解刑法〔第3版〕』（弘文堂、2013年）215頁。

(5) 前田＝松本＝池田＝渡邊＝大谷（直）＝河村・前掲注（4）215頁は、こうした場合について、「もっとも、関与行為が通常を超え、積極的・執拗な働き掛けがあったような場合にも、共犯の成立が否定されるかどうかについては、なお争いがある」としている。なお、本文献が、「通常を超えた場合」をとりあげて「なお争いがある」としている点にも注意されたい。すなわち、通常程度の範囲内である場合には不処罰であることには（裁判官を中心とした実務上は）「争いがない」ことになる。

して法の意図しないところと解すべきである」と述べているのは、このこと⁽⁶⁾を意味している、と解説している。

4 なお、本説を、「立法者意思説」と名付け、立法者意思が明確な場合にはこれを処罰できる、と整理している文献もある⁽⁷⁾。しかし、そもそも、形式説は、本来、立法者意思を参考にするとはまったくいっていない。団藤の見解の中にも、立法者意思という説明は見られないし、昭和43年判決においても、立法者意思という表現は見られない。むしろ、形式説は、対向犯の一方に処罰規定が置かれていないならば、それは、法典における条文の理解として、処罰が予定されていないと読むのが論理的である、という、ごく常識的な法解釈技法から導かれた見解である。

それが、いつのまにか「立法者意思説」として整理されている。では、なぜ「立法者意思説」とされるようになったのか。これについては、調査官による昭和43年判決の解説において、「立法者の意図」といった表現が⁽⁸⁾みられ、その後、平野龍一がこれをさらに広め、さらに西田典之によつて、「立法者意思説」と呼ばれるようになったように見受けられる⁽¹⁰⁾。こうして、団藤の見解、さらには、昭和43年判決が意図していたところが、本来とは異なる形で理解される基盤がここに生じている。

そして、さらに注意すべきなのは、形式説をとる論者の中には、立法者意思が明確ならば、形式説の出番はなくなり、総則の共犯規定が適用され、教唆・幫助ともに処罰できる、とするような理解は、ほぼ見当たらない、ということである。そもそも、形式説の要点は、共犯規定が政策的な

(6) 海老原震一「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和43年度）』（法曹会、1973年）466頁参照。

(7) たとえば、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）423頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）356-357頁参照。

(8) 海老原・前掲注（6）464頁。

(9) 平野龍一『犯罪論の諸問題（上）』（有斐閣、1981年）190頁。

(10) 阿部純二ほか編『刑法基本講座第4巻』（法学書院、1992年）264頁〔西田典之〕〔同『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）227頁以下所収〕。

ものであることを前提とし、因果性が及んでいるという理由により拡大していく共犯の処罰を、形式的に枠づけるところにある。立法者意思を探り、処罰根拠を明らかにしようという発想自体が、そもそも形式説の考え方⁽¹¹⁾とは相容れないことに注意しなければならない。

② 実質説

1 形式説に対しては、有力な反対説が主張されている。すなわち、対向犯の一方について処罰規定が置かれていない場合については、それがなぜ置かれていないかということについて、共犯の処罰根拠を実質的に検討し、処罰根拠が存在しない場合には不可罰であるが、存在する場合には共犯としての可罰性が検討されるべきである、とする見解である。⁽¹²⁾

この見解は、共犯の処罰根拠について、因果的共犯論に立った上で、対向犯の一方について処罰規定が置かれていない場合においても、その処罰根拠の実質を探りつつ、総則の共犯規定の適用の有無を検討する見解である。この見解によれば、対向犯の一方に処罰規定が置かれていない場合において、総則の共犯規定の適用もないとされるためには、①共犯の処罰根拠となる法益侵害が惹起されていないこと、あるいは、②共犯について責任が認められないこと、が必要である。

2 実質説によれば、昭和43年判決において、弁護士でない者に対して弁護を依頼し、非弁活動をするように教唆した者は、それによって、自分自身が十分な弁護活動を受けられなくなるのであるからいわば被害者の立場であるところ、その被害者が自らそれを望んだのであるから、いわゆる被

(11) それゆえ、のちに述べるように、実質説で対向犯不処罰の理由を基礎づけるとともに、それとは別に、形式的な枠をはめて、実質説による処罰拡大を防ごうとする見解が主張されることになる。処罰拡大を政策的に枠づけることこそが、形式説の最大のメリットなのである。

(12) 山口・前掲注(7) 357-358頁。平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975年) 379頁も参照。

害者の承諾の法理により、侵害される法益がないので——すなわち、共犯の処罰根拠が欠けるので——、不可罰である、と説明される。

また、自己の証拠隠滅を教唆した場合に、証拠隠滅罪の教唆犯の成立を肯定した最決昭和40年9月16日刑集19巻6号679頁については、そもそも犯人自身による証拠隠滅罪の規定が置かれていないのは、犯人が自分自身の犯罪についての証拠隠滅をしないことについては期待可能性がないからなのであるから、正犯として責任がない者は、共犯としても責任が認められないから処罰すべきではないため、判例の立場は妥当ではない、とする⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾のである。

（3）検討

筆者は、実質説には、処罰の実質を明らかにしようとする点において有益な視点があると考ええるものの、それを上回る理論的な問題点をかかえて

(13) インサイダー取引の場合、②共犯について責任が認められないことについては、これが認められなくなるという事情は典型的には存在しないので、検討に値するのは、①法益侵害の惹起であるが、正犯者は、共犯者の提供した情報により株の売買をするわけだから、共犯者の行為は、インサイダー取引における法益侵害の惹起に因果性を及ぼしており、共犯の処罰根拠は充足される。したがって、実質説によれば、インサイダー取引罪の教唆犯が成立するという結論が導かれうることになる。実質説は、近時、有力な見解であり、おそらく、第一審判決および原判決は、こうした思考に立ったのだと思われる。たとえば、原判決の匿名解説も、同様の立場から説明を行っている（「匿名解説」判例時報2319号（2017年）125頁参照）。

(14) 学説上も、日興インサイダー事件について、実質説に立った上で評釈を加えるものが多数見られる。たとえば、最高裁決定に関する、平山幹子「判批」新・判例解説 Watch 23号（2018年）179頁、原判決に関する、平山幹子「判批」速報判例解説18号（2016年）173頁、第一審判決および原判決に関する、白井智之「判批」警察学論集69巻3号（2016年）186頁。

なお、豊田兼彦「判批」法学セミナー709号（2014年）123頁は、実質説を発展させた自らの見解に基づき、「第1次情報受領者の行為に増幅作用があるということもない」という理由から、「情報伝達者を必要的共犯として不可罰とすべき理由はないと思われる」とするが、豊田説によれば、「増幅不法を実現しない限り、必要的共犯者は不可罰となる」のであるから（豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂、2009年）106頁）、本件は不可罰となるはずである。

おり、実際上はとりえないと考えている。裁判官の思考を言語化したヴァリッド・ローとしても、これまで裁判所で用いられてきた論理を素直にそのまま推し進めれば、こうした考え方には至らないはずだと確信する。

以下、その理由について述べることにする。

① 実質説の法理論としての問題点——保護法益論による説明の不確実性

1 対向犯の一方につき処罰規定を欠く場合に処罰がなされない根拠について、形式説の説明が、単に、処罰規定がないから、という形式的なものにとどまっていたことを指摘し、その不処罰の根拠を探究しようとした点で、実質説は、画期的な見解であり、その学説史的な意義は極めて重要である。

その基盤に置かれる結果無価値論には説得力があり、また、正犯を通じて法益侵害を発生させたこと（正犯結果に因果性を及ぼしたこと）が共犯の処罰根拠なのだとする因果的共犯論は、我が国の判例においても、近時、広く受け入れられている。

2 しかしながら、実質説の出発点は正当なものであるとしても、その基盤は、強固ではない。すなわち、実質説の考え方は、因果的共犯論を前提に、処罰規定が置かれていない行為が、法益侵害性をもっているのかいないのか（さらには、責任があるのかないのか）という点を、判断の基礎に置くのであるが、その法益侵害性の有無について、対向犯規定が置かれている法律の趣旨の解釈については、常に確実な回答が得られるというわけではなく、争いが生じることが多いのである。

この点について、西田典之は、正当にも、上記昭和43年判決の事案について、その保護法益を弁護士の職業上の利益（弁護士として法律上の事務の取扱いを独占しうること）と解するならば、必要的関与者は「被害者」から「共同加害者」に転じ、当然に処罰されることになってしまうであろう

う、と指摘する。⁽¹⁵⁾ 実質説が不処罰の理由とする「共犯者が被害者の場合」という理由づけは、有効に機能しているわけではないのである。

② 実質説の解釈方法論としての問題点——「立法者意思」の意味

実質説をとる文献の中には、前述したように、形式説を「立法者意思説」と名付けて、たとえ対向犯の一方行為者について処罰規定が置かれていない場合であっても、その者について、総則の共犯規定を適用して処罰するという立法者意思が明確な場合には、共犯の成立を認めてよいとする見解である、と整理しているものがある。⁽¹⁶⁾ しかし、そうした見解は、形式説の本質を見誤っている。

すでに述べたように、形式説は、一部の論者から、「立法者意思説」として整理されているが、この見解の主唱者である団藤は、そもそも、立法者意思についてはまったく述べていない。立法者意思の有無は、処罰の可否を決するについて、形式説では、なんらの意味も持ちえないのである。むしろ、ドイツ刑法学に見られるように、その規定から「逆推論」すれば、処罰が肯定されることはありえない、と説明するのがより適切である。⁽¹⁷⁾

また、仮に、解釈論を展開するにあたって、立法者の意思を一定程度参

(15) 西田・前掲注(10) 268頁参照。それゆえ、西田は、実質的に処罰根拠が満たされても、形式的に処罰されないという形で、処罰を粹づける。すなわち、西田説によれば、日興インサイダー事件は不可罰という結論になる。同様の見解として、北野通世「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第4版〕』（有斐閣、1997年）199頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第5巻〔第2版〕』（青林書院、1999年）459頁〔安廣文夫〕、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣、2002年）1420頁、丸山雅夫「必要的共犯」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）115頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）519頁、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社、2017年）447頁、浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2019年）414頁。

(16) 佐伯・前掲注(7) 423頁、山口・前掲注(7) 356-357頁参照。

(17) 「逆推論」という表現については、山中敬一監訳『ロクシン刑法総論 第2巻〔犯罪の特別現象形態〕（翻訳第1分冊）』（信山社、2011年）183頁参照。

考にすべきであることが正しいとしても、立法者の見解に全面的に拘束される必要は全くない。形式説の主唱者である団藤は、法学一般における解釈論についての解説として、そのことについて明快に述べている。

「法の規定の奥にあるものとしてまず考えられるのは、法律を作った立案者の意思である。たとえばその法律がある省によって立案されたとすると、その省の立案担当者がどのような趣旨でその規定を作ったかということがまず問題になる。続いてそれが国会にかけられたばあい、国会の審議の過程においてそれがどのような趣旨において是認されたか、あるいは修正を受けたかということが問題になる。そのような意味で立案資料、あるいは国会の各種の議事録の類が法の規定の趣旨を考える上に、しばしば重要な参考資料になる。

しかし、法はかような法を立案した者の意思から独立したより客観的な存在である。法がいったん制定されたばあい、立案当初には予想されなかった事態をその法律によって解決しなければならない羽目になることがしばしばおこって来るし、またはじめ予想したような事案であっても、それをはじめ予想したような趣旨に解決することが妥当でないことが判明して来るようなこともありうる。法が生きた社会に適用され、生きた社会を規制する任務をもっているものである以上、いったん立案者の手から離れて、客観的な法規範として存在するに至った以上は、その社会とともに生きるべき運命を与えられ、いわば独力の生命力をもってみずからを発展させて行くべきことになるのである。立法当時の、いわゆる立法事実が立法後に変動して来ることは、いくらかあることである。そのような点から、立案者の主観的な意図が何であつたかということは、単なる参考資料以上の意味をもつものではない⁽¹⁸⁾」。

形式説にとって重要なのは、立法者意思ではなく、処罰規定が存在していないという事実である。仮に立法者意思が存在し、さらに、対向的行為

(18) 団藤重光『法学の基礎〔第2版〕』（有斐閣、2007年）349-350頁。

が違法・責任についてまったく欠けるところがないとしても、そうした意思から導かれる全ての行為、そうした処罰根拠を満たす全ての行為を、刑法がくまなく処罰する必要はない。処罰根拠が存在することと、それを取りあげて処罰すべきこととの間には、決定的なギャップが存在する。そこに処罰規定が存在していないということが、処罰の可否を決定する場面において、厳然たる意味をもつ、という考え方が、形式説の本質である。

（４）小括

以上の検討から、対向犯の一方について処罰規定が置かれていない場合の対応については、形式説を採用すべきことが論理的に明らかとなったと思われる。実質説は、その適用の不安定性・不確実性がもつ問題性はもちろんのことであるが、形式的に当然妥当する論理を、それとは無関係の前提事実——しかも、「法の効果が現在の社会にとって最適となるような解釈をせよ」という機能主義的思考に基づいた事実ではなく、現在の社会とはまったく無関係な立法者意思という過去のある時点での事実——をもちだして破壊しようとする点で、刑法解釈論がもつ罪刑法定主義的機能はもちろん社会統制的機能をも掘り崩すものであるといわざるを得ない。

Ⅲ 形式説の展開——日興インサイダー事件の検討を通じて

（１）事件の概要

ここで、日興インサイダー事件をより具体的に検討することで、形式説の論理的妥当性、すなわち、必要的共犯（対向犯）の一方行為者について処罰規定が置かれていない場合には、どのような論理をとっても、その行為者を処罰し得ないことを明らかにすることにする。

日興インサイダー事件は、以下のような事件であった。被告人 A は、

日興証券株式会社の執行役員投資銀行本部副本部長であったが、知人 B に対し、株取引に関する情報を、相当数に渡り提供していた。被告人が提供した情報の精度は様々であったため、B は、被告人の情報を自ら取捨選択し、自己の判断で株を購入していた。あるとき、被告人は、株式会社 D ほか 2 社の株券の公開買付けを行うことについての決定をした旨の公開買付けの実施に関する事実を知り、B に、「D 株が TOB になる。」などと電話で伝えた。B は、上記事実の伝達を受け、自らその銘柄を調べ、自己の判断で、法定の除外事由がないのに、上記各事実が公表される前に、E 証券株式会社を介し、東京証券取引所において、F 名義で、D 社ほか 2 社の株券合計 6 万 7167 株を代金合計 6426 万 7400 円で買い付けた。被告人は、B が株を購入したかどうかはもちろん、それによって利益を得たかどうかについて、まったく関心を払っていなかった。⁽¹⁹⁾

(19) なお、第一審判決に示されている「罪となるべき事実」は以下の通りである。「被告人は、A 証券株式会社の執行役員投資銀行本部副本部長であった者であり、B はその知人であるが、被告人は、平成 22 年 12 月 13 日頃から平成 23 年 4 月 27 日頃までの間に、別表記載のとおり、A 証券が株式会社 C ほか 2 社との間で締結したアドバイザリー業務委託契約等の締結の交渉又は履行に関し、C 社ほか 2 社の業務執行を決定する機関が、それぞれ東京都中央区日本橋兜町 2 番 1 号所在の株式会社東京証券取引所が開設する有価証券市場に株式を上場していた株式会社 D ほか 2 社の株券の公開買付けを行うことについての決定をした旨の公開買付けの実施に関する事実を知り、同年 2 月 22 日頃から同年 4 月 28 日頃までの間に、別表記載のとおり、B に「D 株が TOB になる。」などと電話で言って、前記各事実を伝え、その公表前に D 社ほか 2 社の株券を買い付けるように促すなどして唆し、よって、同人にその旨の決意をさせた上、上記各事実の伝達を受けた同人をして、法定の除外事由がないのに、上記各事実の公表前である同年 2 月 22 日から同年 9 月 2 日までの間、E 証券株式会社を介し、東京証券取引所において、F 名義で、D 社ほか 2 社の株券合計 6 万 7167 株を代金合計 6426 万 7400 円で買い付ける犯罪を実行させ、もって、B を教唆して金融商品取引法違反の罪を実行させた。」ここで示されている内容は、実際の事実認定とやや異なる評価がなされていることに注意しなければならない。すなわち、「罪となるべき事実」には、「唆し行為」があるように記述されているが、判決文全体を読めばわかるように、実際には、情報伝達しか認定されていない。これが「唆し行為」と評価されているのは、裁判所が被告人を共同正犯として処罰できない可能性があることから、予備的訴因として教唆の訴因を掲げるよう

（２）裁判所の判断

① 第一審

第一審では、当初、被告人 A が、インサイダー取引罪について B と共同正犯となるかが争われた。裁判所は、被告人が B が実際に株取引をしたかどうか、利益を得たかどうかについて、全く関心を払っていなかった等の事実から、インサイダー取引について被告人の果たした役割は重要な役割とはいえないとして共同正犯の成立は否定した。しかし、インサイダー取引罪の教唆犯について、その成立を肯定し、教唆犯としての処罰根拠については、以下のように説明した。

すなわち、「そもそも金商法が TOB 等に関するインサイダー取引を規制した趣旨は、公開買付者等関係者は、一般投資家が知り得ない会社内部の特別な情報に接することができることから、このような立場にある者が、職務上知り得た情報を利用して株取引を行った場合には、一般投資家に比べて著しく有利になり、そのような取引は極めて不公平であることに加え、このような不公正な取引を放置すると、証券市場の公正性と健全性が損なわれ、ひいては、証券市場に対する一般投資家の信頼が失われることから、このような不公正な取引を防止することにあると考えられる。…上記のような一般投資家の信頼保護の見地からインサイダー取引の規制の徹底を図ったという同条 3 項の趣旨からすれば、公開買付者等関係者が自己の犯罪を犯したといえる程度に、第一次情報受領者によるインサイダー取引に重要な役割を果たした場合に至らなくても、公開買付者等関係者が第一次情報受領者によるインサイダー取引の犯行を決意させたり、あるいはその犯行を容易にした場合には、証券市場の公正性と健全性を損なうことになり得るという意味においては、同条 3 項の教唆犯又は幫助犯として処罰する実質的な理由があり、その教唆又は幫助の手段が、重要事実の伝

に検察官に指示したことに由来すると考えられる。なお、これを「唆し行為」と評価することの問題性について、後掲注（29）の佐伯仁志の分析も参照。

達の方法によるか、それ以外の方法によるかによって、区別すべき理由はないというべきである。」。

これを前提に、情報受領者の処罰規定がある一方、伝達行為についての処罰規定が存在していないことについては、以下のように判示し、これが可罰的となる場合があることを肯定した。すなわち、「同法が情報伝達行為を処罰する規定を置いていないのは、公開買付者等関係者が第一次情報受領者に対して重要事実を伝達した全ての場合において、第一次情報受領者が実際に買付け行為を行うとは限らず、買付け行為が行われなかった場合には、必ずしも証券市場の公正性が害されるとはいえないことを考慮して、重要事実の伝達行為を一律に処罰するまでの必要性はないと判断したことによるものであって、およそ重要事実の伝達行為に可罰性がないということの意味するものではない。」。

② 控訴審

控訴審は、被告人の行為が「可罰的であるか否かの判断にあたっては、いわゆるインサイダー取引を罰則をもって規制している金融商品取引法の趣旨を考慮する必要がある」とし、第一審の説示を要約しつつ、以下のよう述べた。

「金融商品取引法は、公開買付者等関係者自身が公開買付け等に関する事実を知って自ら取引を行うことを規制しており、それに加えて第一次情報受領者による取引をも規制してインサイダー取引の規制の徹底をはかっているものであって、そのような金融商品取引法のインサイダー取引の規制のあり方に照らせば、同法167条3項違反の罪の教唆行為は十分に可罰的であると解すべきであって、その教唆行為に対して刑法総則の教唆犯の規定を適用することは、同条の立法趣旨に何ら反していないと解される。」。

そして、上記昭和43年判決等、従来の確立した判例の立場に違反するという弁護人の主張について、「所論の引用する各判例は、本来の行為者である非弁護士…等とは違法性や責任非難の点で相当異なり、それゆえに処

罰からは排除されていることが立法の趣旨等から認められる関与者についてのものであって、本件とは事案を異にする。金融商品取引法は、前記のとおり、公開買付者等関係者が公開買付け等に関する事実を知って自ら取引を行うことも規制しているのであるから、所論指摘の判例とは法規制のあり方が異なっていることが明白である。また、一般にインサイダー情報の伝達、漏洩には、目的、相手方等に関し様々な場合があり得るのであって、不正取引に無関係な情報漏洩等を含めて一律に可罰性の有無を論じることが困難であるところ、他人がインサイダー情報を利用して不正な取引をすることを教唆、幫助する目的で情報を提供した場合には、その行為に可罰性があることは明らかであり、その処罰を免れさせる実質的な理由は何もなく、その場合には刑法総則の規定に従い不正取引をした者の共犯として処罰されるのは当然のことである。インサイダー情報の提供自体についてこれを一律に処罰する規定がないことのみから、金融商品取引法がどのような情報提供もおよそ処罰しないという趣旨で立法されているとは到底解され」ないとした。

③ 最高裁

最高裁は、以下のようにのみ述べて、上告を棄却した。すなわち、「上告趣意のうち、判例違反をいう点は、事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でなく、その余は、単なる法令違反、事実誤認の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない。」。

（3）分析

上記第一審および控訴審における判示は、実質説をとるものと理解することができる。特に、控訴審は、その趣旨を明快に示している。すなわち、①立法者意思を根拠として形式説適用の前提を排除し、②実質説を用いてインサイダー取引罪の教唆犯を処罰したものにとらえることができる。これに対し、最高裁は、事案を異にすると述べるだけで、明確な理由は述べ

ていない。しかし、その趣旨は、控訴審の判断を踏襲し、実質説をとるものと考えてよいであろう。

しかし、こうした解釈は、既に述べたように、論理的にみて妥当でない。日興インサイダー事件では、上述した実質説の問題点、すなわち、①実質説の法理論としての問題点と、②実質説の解釈方法論としての問題点が、ふたつとも、しかも典型的な形であらわれている。以下では、これを指摘し、さらに、本件の検討を通じて、③実質説という学説それ自体が、そもそも論理的に破綻していることを明らかにしたい。

① 実質説の法理論としての問題点——インサイダー取引の罪における保護法益論の無意味性

1 実質説においては、しばしば、「共犯者が被害者である場合には処罰⁽²⁰⁾されない」と説明されるが、それは、説明を簡略化したことによるものであって、その本質・真骨頂は、結果無価値論を前提とした法益侵害の観点からの分析にある。すなわち、共犯者が共犯の処罰根拠を満たしていない、法益侵害を行っていないから処罰し得ないのであり、被害者であるということは、そうした場合にありうる類型を整理してまとめたものにすぎない。たとえば、山口厚は、「処罰規定を欠く対向的行為について共犯の成立が否定される実質的な理由としては、①共犯処罰の根拠となる法益侵害が惹起されていないこと、②共犯について責任が認められないことをあげる⁽²¹⁾ことができる」と述べている。

ところで、インサイダー取引の罪は、そもそも、法益侵害がきわめて不明確なことで著名な犯罪類型である。インサイダー取引の罪の保護法益は、一般に、「インサイダー取引を行う者は、一般投資家に比べて有利で⁽²²⁾

(20) 原判決の匿名解説にもそうしたまとめ方が見られる（前掲注（13）「匿名解説」125頁参照）。

(21) 山口・前掲注（7）358頁。

(22) たとえば、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂、2018年）16頁参照。

あり、そうした行為が行われると、不公平感が生じ、健全な市場への信頼が失われること」とされている。確かに、本件のような情報提供により、上記の保護法益が侵害されているようにも見える（第一審判決は、そのように述べる）。

2 しかし、そもそも、この保護法益はあいまいにすぎ、上記保護法益が侵害されたか、されうるかについては、認定しようがない。したがって、いわば、形式犯のような形で、処罰すべき行為をピックアップして法律の形で規定したのが、インサイダー取引の罪なのである⁽²³⁾。そうだとすると、情報提供行為について、共犯としての処罰根拠が存在するかどうかは、多くの論者がその当罰性を指摘しているにもかかわらず、理論的には、確認できないのである。

確かに、直感的には、不公平な取引の原因を作り出した者は、処罰に値するようにも見える。しかし、何かの行為を処罰するには、直感的に、ではなく、理論的に、明確な処罰根拠が示されなければならない。

そして、そもそも、インサイダー取引罪の解釈論においては、保護法益に着目した解釈論はそれほど有効ではない⁽²⁴⁾。保護法益が曖昧であるからこそ、法は、処罰されるべき個別の行為をとりあげて、形式犯的に、ひとつひとつの行為をピックアップして処罰規定を置くという立法形式を採用したのである。要するに、こうした情報提供行為については、処罰根拠を確認することはできない。実質説は、保護法益論に執着するが、その実質の検討は困難で、不確実である。そして、結局は、論者の都合のいい結論を導くために、しかもいかにもきちんと議論をしているかのように見せかけ

(23) こうした観点について、佐久間修『刑法からみた企業法務』（中央経済社、2017年）208頁参照。

(24) 山口厚編著『経済刑法』（商事法務、2012年）232頁〔橋爪隆〕。ただし、橋爪は、「それでも、文言解釈として可能な限度においては、保護法益に基づく解釈を加える余地が認められるべきであろう」とするが、むしろ、保護法益に着目した解釈論が有効ではないのならば、そう解すべきではないであろう。

つつ、処罰根拠論が利用——濫用とさえいいうる——されてしまうのである。

② 実質説の解釈方法論としての問題点——立法者意思の誤解

1 立法者意思を調べ、これをそのまま解釈論に反映させようという態度は、刑法解釈方法論として決定的に誤っていることは既に述べたとおりである。したがって、日興インサイダー事件においても、立法者意思を調べることにそれ自体が無意味である。

2 しかし、仮に立法者意思を調べることで形式説の適用の基礎が定められると考えるとしても、本件においては、重大な事実認識の誤りがある。すなわち、本件についてインサイダー取引罪の教唆犯が成立するという立論を支えているのは、立法者が、インサイダー情報の提供行為について、教唆犯あるいは幫助犯として処罰する、という意味を明確にもっている、という事実認識であるが、この事実認識は誤っているということである。

3 こうした立論をとる多くの文献は、横畠裕介『逐条解説インサイダー取引と罰則』を引用し、立法者意思を確認しようとする。立法当時、法務省付検事であった横畠は、そこで、「会社の業務等に関する重要事実を伝達する行為を処罰する規定を設けていないことは、そのような行為をすべて不処罰とする趣旨ではな」く、「当該重要事実の⁽²⁵⁾伝達を行った者がその教唆犯または幫助犯として処罰されることがある」と述べている。

そうすると、一見、立法者には処罰の意思があるように見える。しかし、ここで注意すべきは、「処罰されることがある」と書かれていることである。この点が重要なのは、この記述の元となった参議院大蔵委員会での質疑からも明らかである。

(25) 横畠裕介『逐条解説インサイダー取引規制と罰則』(商事法務研究会、1989年) 127頁。

政府委員（藤田恒郎証券局長）「情報伝達者といってもいろいろなケースがあろうかと思いますが、例えば教唆とか幫助とかいわゆる刑法総則の適用のもとで、何と申しますか、刑法上の総則の適用を受けて教唆、幫助に該当するような場合、こういったような場合には情報伝達ではなくて教唆犯、幫助犯として処罰の対象になるような場合もあろうかと思ひます。⁽²⁶⁾」。

ここで明らかなように、立法者の見解は、「情報伝達ではなくて教唆犯、幫助犯として処罰の対象となる場合もあろうかと思ひます」というのである。立案担当者は、教唆犯・幫助犯となるような場合もあ（れば、ならないような場合もあ）る、と明確に述べている。

これを、従来の判例の立場と整合させながら読めば、以下のようになる。すなわち、インサイダー情報の提供は、対向犯において処罰規定が置かれていないのだから原則として不可罰であるが、それがインサイダー取引罪の成立に必要不可欠な行為を超えるような場合には、例外的に教唆犯・幫助犯が成立する場合もある、ということである。

4 こうした読み方は、なにも牽強付会な読み方ではない。立案当局が、対向犯に関する昭和43年判決、およびその（1989年当時の）一般的な理解について、十分な知識を持っていた（当然、持っていたはずである）ことを前提とする限り、最も素直な読み方である。というのは、インサイダー情報の提供行為が対向犯の一方行為であるのであれば、対向犯の一方行為者については、昭和43年判決によれば、「原則として」処罰しないのだから、「例外的に」処罰の対象になる場合もあるのであり、国会における質疑応答においても、それを踏まえて答えたと見るのは当然のことである。もし、そうでないならば、端的に、教唆犯・幫助犯として「処罰される」と答えればよいだけのことである。

(26) 昭和63年5月19日参議院大蔵委員会会議録15号20頁。

5 さらに注目すべきなのは、「情報伝達者はこの刑事罰の対象とはしておりません」と述べた上で、「情報伝達ではなくて教唆犯、幫助犯として処罰の対象となる場合もあるかと思いますが」と述べている点である。これは、情報提供者の行為が、情報伝達のみにとどまった場合、そうした行為は処罰しないことを、明確に述べているものということができる。

なお、横畠は、上掲書において、「たとえば会社関係者がその友人に対して重要事実を教示して上場株券等の売買等を行うことを勧め、その結果、その友人が第190条の2第3項に違反する取引をすることを決意して実際に取引をした場合には、その会社関係者はその友人の同項違反の教唆犯として処罰されることとなる⁽²⁷⁾」とも述べている。しかし、上記の参議院大蔵委員会における政府委員藤田恒郎の答弁を正確に読めば、これは、言い過ぎであることが明白である。立法者意思を正確に推しはかる素材である国会での質疑を正確に反映させるならば、この記述には、「場合がある⁽²⁸⁾」という限定を付して読まなければならない。

なお、横畠の上に引用した記述のうち、ここで注目すべきなのは、「重要事実を教示して上場株券等の売買等を行うことを勧め、その結果……教唆犯として処罰」という部分である。本罪の教唆犯が成立するには、教示するだけでは足りないこと、売買等を勧めることが必要であることが、立案当局から、明確に示されている。立法者意思に従って、仮に教唆犯として処罰することがありうる場合があるとすれば、それは、こうした場合しかありえない。しかし、そうした事実は、本件においては認定されていないのである。そうした事実が認定されていないことについて、佐伯仁志は、「横浜地裁平成25年9月30日判決の事案についても、単に重要情報の伝達がインサイダー取引を行う犯意を惹起したことを認定するだけでは

(27) 横畠・前掲注(25) 211-212頁。

(28) なお、多くの本件評釈が、「場合がある」を引用しないまま、立案当局の処罰の意思は明確であったと述べているのは、極めて不正確であるといわざるを得ない。

不十分であって、暗黙のものにしる、伝達行為に情報を用いてインサイダー取引を行うことを『勧める』意味合いが含まれており、そのことを行為者が認識していたことの認定が必要であったと思われる⁽²⁹⁾と述べて、このことを的確に指摘している。

6 仮に、立案当局の意思が立法者意思であり、それに従って、対向犯の一方行為者についての処罰の可否が決定されるならば、売買等を勧めた事実がない（認定されていない）事案については、立案当局は、教唆犯が成立するとは考えていなかった、ということができる。少なくとも、本件では、立案当局が教唆犯として処罰されと考えていた事案とは明らかに異なる事実しか認定されていないのであって、立案当局の意見（立法者意思）を重視するのならば、なお一層、教唆犯として処罰することはできない⁽³⁰⁾。

7 前述したように、立法者意思は、そもそも考える必要はない。しかし、仮に考えとしても、そこでは、その認識には、上記で見たような誤りが生じる可能性がある（実際に本件の解釈では、生じてしまっている）。立法者意思のような不確実なものに処罰根拠を求めることは、法解釈論として適切でないだけでなく、論理的推論という法解釈の基本的価値を、無用に貶めるものといわなければならない。

③ 平成25年改正金商法167条の2の制定と教唆犯の成立範囲——実質説の論理的破綻

1 本件が発生したのちの平成25年、金融商品取引法が改正され、情報受領者によるインサイダー取引を助長する情報伝達行為および取引推奨行為

(29) 佐伯仁志「絶滅危惧種としての教唆犯」『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）193頁。引用文中の横浜地裁平成25年9月30日判決は、本件の第一審判決である。

(30) 本件にあてはめた場合、不可罰という結論が確実に導かれると思われる学説として、前掲注（3）および前掲注（15）所掲の学説を参照。

に対する規制が導入された。平成25年に改正された金商法167条の2（以下、「改正金商法167条の2」という）によれば、「当該他人に利益を得させ、又は当該他人の損失の発生を回避させる目的をもって、当該業務等に関する重要事実を伝達し、又は当該売買等をすることを勧める行為」が、インサイダー取引罪の法定刑（金商法197条の2、13号）と同じ法定刑のもとに（同197条の2、14号、15号）、新たに処罰されることになった。

素直に考えれば、新たな処罰規定は、それ以前の規定では、情報伝達行為を処罰することが不可能であったから、新たに設けられたものである、ということになるであろう。そうでなければ、こうした行為については、インサイダー取引罪の教唆犯として処罰しておけば事足りたはずである。新たな処罰規定を設けるということは、それ以前は、そうした行為を処罰することはできなかったということを含意するものと考えるのが当然である。逆にいえば、本規定の制定により、上記に示した対向犯の一方の相手方に処罰規定が置かれていなかった趣旨は、その行為については、不可罰とする趣旨であったのが、明らかとなったと考えるのが最も素直な解釈である。そうであるとすれば、本件は、そもそも、インサイダー取引罪の教唆犯にはあたらない。

2 また、仮に、こうした規定を置いたことによって、立案当局自ら可罰的な行為の要件を、「目的がある場合」という形で示したのだから、それ以前に行われた類似の行為については、今般規定された構成要件にあてはまるような形で行われていたものだけが処罰されるし、また、それが立案当局の立法意思だったのだ、という解釈も成り立つであろう。

この解釈は、立法者意思を重視するという見解に立った場合、かなりの説得力を持つはずである。すでに検討したように、国会審議においては、インサイダー取引罪制定当時、「教唆や幫助として処罰される場合がある」という立案当局の答弁があったが、その、「処罰される場合」を、立案当局自らが、この規定を置くことによって、明らかにしたわけである。そう

考えると、今般、立案当局が示した処罰規定と異なる形での情報提供は、立案当局自身も処罰するつもりはなかったはずであり、この規定が置かれる以前にも、処罰されるような行為ではなかったはずである、ということになる。

このように考えれば、本件を、インサイダー取引罪の教唆犯として処罰するのは、立案当局の目から見ても失当である、ということになる。

3 しかしながら、改正前の規定においても、総則の共犯規定の適用があり、インサイダー取引罪の教唆犯は成立するのであるが、そのうち、特に規制の必要性が高い行為類型について、こうした形で規定を置き、インサイダー取引罪の共犯ではなく、インサイダー情報提供・取引推奨罪の正犯という形で処罰することにしたのだ、という考え方を主張する者もいるかもしれない。

こう考えると、インサイダー取引罪の共犯は、別個の犯罪なのであるから、上記インサイダー情報提供・取引推奨罪について処罰規定を置いたからといって、もともとそれが不可罰であったことを証明することにはならないし、また、今後も、こうした行為がインサイダー取引罪の共犯として処罰されることもありうる、という立論も成り立つように見える。実際に、本件控訴審は、こうした考え方に立っているように思われる。

すなわち、控訴審は、「いわゆるインサイダー取引の教唆・幫助が一般に可罰的であったとしても、インサイダー情報の伝達等についてその処罰の要件や範囲を明確化するために新たな立法をすることはあり得るのであって、同改正時の金融審議会の議論でも、同様の立場から検討がなされて、インサイダー情報の伝達等を受けた者が売買等をしたことを処罰条件にするなどして立法化に至ったのであるから」こうした行為が不可罰であったと考えることはできない、と述べている。対向犯の論点において、実質説をとれば、こうした読み方も導かれるのかもしれない。

4 しかし、こうした読み方は、論理的に破綻している。対向犯の代表的な例である収賄罪（刑法197条以下）を例にとって考えてみよう。収賄罪が成立するには、対向的行為として、賄賂の供与が必要である。そうした行為は、現行法上、贈賄罪（の正犯）として処罰されている。いわゆる対向犯の両者について処罰規定が置かれている場合ということになる。まともに考えれば、贈賄者には、贈賄罪（刑法198条）の規定が適用されるということになるであろう。ところで、この場合、実質説によれば、贈賄者は、収賄罪の教唆あるいは幫助としても可罰的なはずである。贈賄者は、収賄罪の共犯としての処罰根拠に欠けるところはないからである。

かつて、わが国では、収賄罪だけが処罰され、贈賄罪については処罰規定が置かれていない時期があった。旧刑法の時代、こうした場合に処罰規定が置かれていない以上、これを処罰しないのは「事理ノ当然」と判示した判例がある⁽³¹⁾。これは、正しく形式説を適用したものである。しかし、実質説の立場によれば、贈賄行為がなければ、そもそも、収賄は不可能であり、国家作用に対する侵害も生じ得ないのだから、賄賂罪の法益侵害に対して因果性を及ぼしているのは当然であって、そうだとすれば、贈賄者は、共犯の処罰根拠を満たしている以上、収賄罪の共犯として処罰されることがありうるのではないか、ということが問題となってくる。

しかし、実質説を解釈をとる論者も、おそらく、こうした場合は、収賄罪の共犯とはならない、というであろう。なぜなら、贈賄罪の法定刑は、収賄罪の法定刑よりもかなり低く設定されており⁽³²⁾、収賄罪の共犯としての処罰を許すと、贈賄罪の正犯としての処罰よりも、重い刑で処罰されてしまうからである。軽い贈賄罪の規定があるのに、収賄罪の共犯として処罰されるということは、罪刑法定主義の観点から許されない、と論者は述べ

(31) 大判明治37・5・5 刑録10輯955頁。

(32) 例えば、単純収賄罪（刑法197条1項前段）については「5年以下の懲役」が定められているのに対して、贈賄罪（同198条）については「3年以下の懲役又は250万円以下の罰金」が定められている。

るであろう。その通りである。

しかし、こうした理を解するであろう論者が、インサイダー取引罪については、共犯規定の適用がある、というのである。おかしくはないか。インサイダー取引情報提供・推奨行為については、平成25年金商法改正まで、処罰規定が置かれていなかった。贈賄罪のように法定刑がより低く設定されていたというところの話ではない。不可罰だったのである。より低い法定刑が設定されている正犯規定がある場合にはそちらの規定の適用が優先されて重く処罰される総則の共犯規定の適用が排除されるのに、まったく処罰規定が置かれていない場合には不処罰にならず、——比喩的でない方をすれば、不処罰規定の適用が優先されるのではなく——、重く処罰される総則の共犯規定が適用されるというのは、法解釈技術のレベルにおいて、明らかに破綻しているのである。

5 なぜ、総則の共犯規定を適用してはならないのか。それは、正犯規定が存在しないのに、共犯規定を適用しようとするに由来する論理矛盾である。対向犯は、刑事学的にみて、相手方の対向的行為が絶対に必要な犯罪であって、それはとりもなおさず、対向犯が、本質的には、共同正犯であるということを意味している。対向犯においては、対向者の行為がなければ犯罪が成立しないのであるから、いずれも正犯行為であって、対向犯は、本質的には、共同正犯なのである。上記の解釈をする論者は、このことを理解していないか、あるいは、殊更に無視している。すなわち、（共同）正犯としての処罰規定が置かれていない者について、共犯として処罰できるということは、論理的にいて、あり得ないのである。

内藤謙は、このことについて、簡潔かつ適切に、次のように述べている。

「因果共犯論をとれば、正犯と共犯の犯罪的性格は量的な相違にとどまるので、対向的共犯者は、正犯行為に出た場合でも不可罰である以上、より弱

い犯罪形式としての共犯行為に出たときも、不可罰ということになる⁽³³⁾」。

6 なお、改正金商法167条の2は、インサイダー情報を提供した者を処罰するにあたって、「当該他人に利益を得させ、又は当該他人の損失の発生を回避させる目的」を要求した。インサイダー情報を提供した者に、改正金商法167条の2の目的が欠ける場合、同条によって処罰できないことは自明である。しかし、仮に、控訴審判決が述べるように、インサイダー情報提供行為について、同167条3項の教唆犯が成立しうる、という解釈が可能だとすると、上記目的を欠く単なるインサイダー情報提供行為について、改正金商法167条の2では不可罰であるが、同167条3項の罪の教唆犯として処罰される、という結論が導かれることになる。これは、改正金商法が、単なるインサイダー情報提供行為について、目的犯として処罰を限定したことに明らかに反するものであり、およそとり得ない法解釈である。すなわち、唯一整合的な法解釈とは、単なるインサイダー情報提供に留まる場合は、同167条3項の教唆犯としては処罰し得ない、というものしかあり得ないのである。

IV 結びにかえて

以上で、必要的共犯（対向犯）の問題については、形式説をとるべきことが明らかになったと思われる。

最後に、日興インサイダー事件において、裁判所が、実質説の考え方を導入し、本来処罰すべきではなかった情報提供行為をインサイダー取引の罪の教唆犯として処罰したことでもたらされる方法論的な帰結について、簡単に述べておくことにしよう。

実質説は、形式論理的には破綻しているが、実質性を追求する場合には、決してありえない解釈ではない。しかし、そうした解釈は、結局のと

(33) 内藤・前掲注(15) 1418頁。

ころ、裁判所による法創造を認めることを前提としている。実質説の要点は、本来処罰規定が存在しないところに、総則の共犯規定を適用する、と述べつつ、実際には、処罰規定を創造するところにある。共同正犯としての関与は処罰できないにもかかわらず、教唆犯は処罰する。これは、共同正犯行為について処罰規定が存在しないにもかかわらず、教唆犯の処罰規定を——解釈の名の下に——創造することにほかならない。

では、裁判所が法創造を行なっているという事実を認めることはできるのか。罪刑法定主義が支配する刑法の領域では、そのことは、容易には認めがたいことである。裁判官のイデオロギーを言語化したヴァリッド・ローが、そのようなことを容易に認める内容であるとは思われない。論理的に矛盾がない唯一の解釈である形式説がヴァリッド・ローであるはずである、という本稿の結論は、そうした認識に基づく。

しかし、一定限度にせよ、裁判所の法創造を認めるならば——そして、そのことは筆者自身も認められるべきことだと考えている——、次の関心は、どこまでその法創造を認めるのか、ということに移っていくであろう。本件でも問題となった教唆犯の領域では、こうした法創造が、実際に、別の場所で起こっている。⁽³⁴⁾これは、そもそもは、教唆犯という立法形式それ自体が持つ問題性に基づくものである。筆者は、教唆犯と共同正犯は共通の法的性質を持っており、実質的には、成立要件も同一であると分析している。そのように考えれば、共同正犯として処罰することは形式論理的にはできないが、そこに処罰根拠があると裁判所が考えるときには、教唆犯という形で処罰をしよう、という発想があらわれることになる。筆

(34) 詳細は、松澤「教唆犯と共謀共同正犯の一考察」Law & Practice 4号（2010年）103-104頁参照。なお、同104-105頁で述べた、「61条において“実行行為を伴わない自己の犯罪”を教唆犯として処罰する規定が存在するのであるから、実行行為を伴わない自己の犯罪を、教唆犯以外のかたち—すなわち共謀共同正犯のかたち—で処罰するのは許されない、という解釈」は、形式説とその発想を同様にしている。しかし、そこでは、そうした解釈は、判例・実務において（筆者を含めて）拒否されており、判例による法創造が肯定されているのである。

者は、既に述べたように、必要的共犯（対向犯）の領域では、こうした解釈は認められないと考えるが、逆に、こうした解釈の名の下での法創造を認めるということは、共同正犯と教唆犯の境界線を消滅させる方向性を加速することになることも意識しなければならないであろう。

*本稿は早稲田大学特定課題研究助成費（2018K-036）による研究成果の一部である。